

La eficacia e idoneidad de los programas de *Compliance*, ante la carga de la prueba en el proceso penal contra las personas jurídicas.

Carlos Cambrón Murillo

Grado en Derecho por la UAB

Máster en Derecho empresarial por la UAB

1. Introducción a los sistemas de acreditación de *Compliance*

La Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) entiende que no es suficiente la mera existencia de un programa de *compliance* para emplearlo como escudo penal, sino que se ha de acreditar su adecuación o eficacia frente al delito. Para ello, la FGE en su Circular 1/2016 apartado 5.6, se reconocen una serie de criterios para valorar la eficacia de los programas, a pesar de su dificultad por establecer unos criterios uniformes¹.

Nos indica la FGE de que “*la regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica*”. Cuando se refiere la FGE a que “*no quede vacío de contenido*”, significa que el modelo de cumplimiento debe tener un pilar básico, que es la cultura ética dentro de la persona jurídica. Por eso entendemos, que la prioridad no es la sanción penal, sino las decisiones que tomen los directivos, con el fin de promover la cultura ética empresarial².

La adopción de los modelos, según la Circular 1/2016 de la FGE, no puede ser un “salvoconducto” para que la persona jurídica quede impune. No pueden ser usados la automática elusión de responsabilidades, derivada de la comprobación formal de su existencia.

¹ Vid. Circular 1/2016 de la FGE, p.51

² Vid. Circular 1/2016 de la FGE, *op.cit.*, p.52

Es precisa la comprobación de su idoneidad, a la que sirven los programas de certificación. Entendemos por certificación, la acción realizada por una entidad independiente, por la que se manifiesta que una organización, producto, proceso o servicio, cumple los requisitos definidos en unas normas o especificaciones técnicas.³

Según la FGE, estas certificaciones no garantizan la eficacia del programa⁴, pero sí puede ser un medio de prueba fundamental para la exención de responsabilidad penal de la empresa. Si propone la FGE en su Circular 1/2016, que estas certificaciones sean “*expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones*”⁵.

En el caso del modelo chileno, las empresas pueden obtener una certificación que puede servir para la afirmación de que los modelos de gestión y organización están correctamente implementados, y son idóneos para prevenir delitos en los sectores con mayor riesgo. Certificación que, como hemos dicho, puede ser expedida por empresas o entidades.⁶

En el caso español, sin embargo, no existen entidades encargadas de certificar, pues la ISO 19600 de Sistemas de Gestión de *Compliance* no tiene ese cometido, sino el de ofrecer recomendaciones y directrices para ayudar a las organizaciones a mejorar la implementación de las *compliance*⁷. Todo esto cambiará a partir de ahora, ya que la Asociación Española de Normalización (AENOR) publicó recientemente la UNE-ISO

³ AYALA DE LA TORRE, JOSÉ MARÍA, *Claves prácticas. Compliance*. Ed. Lefebvre-El Derecho, S.A. Madrid, 2016, p.26. Para el autor, la acción de “certificar” significa asegurar, afirmar o dar por cierto alguna cosa y la propia entidad certificadora es la que da fe de ello; *Vid.* www.aenor.es

⁴ AYALA DE LA TORRE, JOSÉ MARÍA, *Claves prácticas, op.cit.*, p.27

⁵ Un ejemplo de empresa o corporación dedicada a la certificación es AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación. Dicha institución se constituyó en 1986. Hasta aquella fecha, las tareas de normalización correspondían a IRANOR (Instituto de Racionalización y Normalización), creada en 1945, dependiendo del CSIC (Centro de investigaciones Científicas). En pleno 2017, las actividades se desdoblaron en dos organizaciones: de un lado, la Asociación Española de Normalización, desarrolla la normalización y la cooperación; de otro lado, AENOR trabaja en la evaluación de la conformidad y otros, como la formación. Así pues, hace que AENOR sea la certificadora española de referencia, acompañando a las empresas en su expansión externa, tanto en la implantación en otros mercados, como en la exportación de productos. Para más información, *vid.* www.aenor.es

⁶ *Ibidem*. Dentro de un mismo análisis del Derecho comparado, NEIRA, ANA MARÍA, “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal” en www.politicacriminal.cl, Vol. 11, nº22 (Diciembre de 2016). p.495. De acuerdo con el art. 4º.4 b) de la Ley 20.393, se contempla la posibilidad de que la eficacia de los *compliance* sea auditada o certificada *ex ante* por organismos especializados e independientes de la entidad.

⁷ *Vid.* www.ampellconsultores.com

19601⁸, cuyo cumplimiento sí es certificable⁹, lo que hace posible una adecuada estructura de *compliance*, teniendo en cuenta que una parte de las actividades generales de la UNE 19601, puedan integrarse en el modelo transversal de la ISO 19600¹⁰. La certificación tendrá una duración de 3 años, aunque su cumplimiento se auditará año a año. Podemos decir, que la única forma de acreditar la eficacia de un modelo de gestión será por juicio de auditores¹¹, preferiblemente externos¹² y con formación en *compliance*¹³, y otros expertos, que son las entidades certificadoras¹⁴. Pero algún autor

⁸ JUANES PECES, A, *Compliance penal*. Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2017, p.214. El presente autor hace una síntesis cronológica que ha llevado a UNE 19601. Según los hechos, en el año 2013, ISO inició su primer proyecto de normalización de carácter internacional sobre sistemas de gestión de *compliance*. Más tarde, se inició otro proyecto que culminó con la ISO 37001 sobre anti-soborno. AENOR fue invitada a ambas iniciativas, constituyendo en 2013, un subcomité (SC) 1 dentro del Comité Técnico de Normalización 307. La ISO 19600 aglutinó a expertos de 14 países, y la ISO 37001 a 59, además de instituciones de la OCDE o Transparencia Internacional. En 2015, se acordó crear un grupo *ad hoc* en el SC1 de AENOR, para transferir aquél conocimiento para la creación de un estándar nacional que pudiera dar cobertura a los requisitos recogidos en el CP respecto a los modelos de organización y gestión. En enero de 2017 hubo un consenso respecto al contenido del proyecto de norma y que se sometió a consulta (vid. BOE de 2 de febrero de 2017), y que finalmente se difundió el 17 de mayo de 2017.

⁹ DEL ROSAL, P, “Publicada la UNE 19601, la certificación del “compliance”, en www.eleconomista.es (visitado el 21 de mayo de 2017)

¹⁰ Este fenómeno al que hacemos mención, se conoce como “*High Level Structure*” (Estructura de Alto Nivel). Éstas son definidas por el grupo de normas ISO de coordinación de sistemas de gestión. La HLS tiene como garantía, que los estándares de sistemas de gestión de las ISO compartan estructura, definiciones y contenidos primordiales. Por tanto, la UNE 19601 se vertebra en la HLS, al igual que la ISO, para facilitar la integración del sistema de *compliance penal* dentro de un sistema de gestión de mayor alcance.

¹¹ ROMÁN, S, “Modelo de gestión de riesgos para la prevención de delitos de AENOR”, en www.webantigua.transparencia.org.es (consultado el 3 de mayo de 2017), p.1. En el informe nos dice, que el sistema de prevención de delitos consiste en “*un modelo que incluye requisitos auditables para prevenir la comisión de actos constituidos de delitos que puedan cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica y que lleven aparejada responsabilidad para la misma, así como reparar y disminuir los efectos cometidos y con ellos ayudar a reducir la responsabilidad penal de las empresas y organizaciones y de sus administradores y responsables legales, a través del uso de la mejora continua. Este sistema incluye la conformación por parte de un equipo experto de auditores del cumplimiento de los requisitos, de la implantación y mantenimiento efectivo del sistema*”.

¹² BAJO ALBARRACÍN, JUAN CARLOS; *Auditoría de sistemas de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p.23. De acuerdo con algunas normas de estandarización, como la ISO 19600, establecen que la organización empresarial debe auditarse internamente, entendiendo el autor por auditoría interna, “*como aquella a la que la organización se somete de forma voluntaria sin que un tercero le obligue y no en el sentido de que es realizada por auditores de la propia organización*”. El principal problema es la disposición de personal interno independiente de la parte auditada que disponga de conocimientos en *compliance*. Es por ello que entiende el autor, que “*salvo en grandes organizaciones o grupos de empresas, la auditoría interna va a ser desarrollada por personal externo, aunque dicha auditoría por ello, no pierde la consideración de interna*”.

¹³ BAJO ALBARRACÍN, JUAN CARLOS, *Auditoría de sistemas*, op.cit, p.93 y ss. Los pilares del auditor *compliance*, son la formación, la experiencia, los atributos personales y las actitudes. En primer lugar, se requiere que el auditor tenga conocimientos en sistemas de gestión *compliance* por formación o experiencia profesional; que en las auditorías, se debe conocer la norma, requisitos e interpretaciones; que la multitud de formaciones, carreras o máster, pueden dar capacidad de desarrollo en las funciones del auditor *compliance* y; se requiere formación en técnicas auditoras y haber realizado alguna auditoría práctica para familiarizarse con el proceso. En lo que respecta a la experiencia, considera el autor que es un criterio general haber realizado entre dos y cuatro auditorías en prácticas. Según la ISO 19600, deben

entiende que en las entidades suscitan un serio problema en su tarea de certificación, entre otros problemas prácticos.¹⁵

De todos modos, la eficacia de los modelos de organización depende del compromiso y apoyo de la alta dirección (*tone from the top*). Ese es el motivo por el que la responsabilidad de la organización empresarial no es la misma si el ilícito lo comete el directivo o el subordinado, puesto que en el primer caso, se evidencia una falta de compromiso ético con la propia empresa. Como se ha mencionado antes, la eficacia de un programa de *compliance* se debe al compromiso de la alta dirección. Este compromiso ya se ha plasmado en recientes cambios legislativos, como es el caso del

ser capaces de: a) planificar la auditoría y hacer uso eficaz de los recursos humanos durante la misma; b) representar al equipo auditor durante las conversaciones con el cliente; c) organizar los miembros del equipo auditor; d) proporcionar dirección y orientación a los auditores en formación; e) prevenir y resolver conflictos; y f) preparar y completar el informe de auditoría. El tercer pilar que son los atributos personales, recalcar que el auditor debe presentar una serie de cualidades que le ayuden en su desarrollo en el trabajo, para así potenciarlas y controlarlas. Para una mejor orientación, el autor menciona los atributos personales que se recogen en la ISO 19600. Son las siguientes: a) Ético, es decir, imparcial, sincero, honesto y discreto; b) de mentalidad abierta, es decir, con tacto en las relaciones con las personas; c) diplomático, es decir, con tacto en las relaciones con las personas; d) observador, es decir, activamente consciente del entorno físico y las actividades; e) perceptivo, es decir, intuitivamente consciente y capaz de entender las situaciones; f) versátil, es decir, se adapta fácilmente a las diferentes situaciones; g) tenaz, es decir, persistente, orientado hacia el logro de sus objetivos; h) decidido, es decir, alcanza conclusiones oportunas basadas en los análisis y razonamientos lógicos; y i) seguro, es decir, actúa y funciona de manera independiente a la vez que se relaciona eficazmente con otros. Por último, en lo que respecta a las actitudes, la actitud del auditor va condicionar el desarrollo de la auditoría, sobretudo, con la comunicación entre auditor-auditado. Es por ello que el auditor ha de recordar que la auditoría es un hecho importante para el auditado, ya que dependiendo del resultado, puede tener repercusiones económicas; ha de mostrar una actitud serena para tranquilizar el ambiente y al propio auditado; ha de mostrar interés en todo aquello que se le comunique; relajar al auditado cuando se ponga nervioso; hablar de forma clara y sencilla; entender que los entrevistados durante la fase de auditoría no se encuentran cómodos respondiendo preguntas delante de sus superiores, pues los entrevistados les preocupa más la opinión de sus jefes, que del resultado de la auditoría y; no deben desprestigiar al entrevistado delante de sus compañeros, inferiores y superiores.

¹⁴ ALEXANDRE GONZÁLEZ, J, “El papel de la certificación en los modelos de prevención penal”, en *Diario La Ley*, nº8848, Sección tribuna, 21 de octubre de 2016, Ref. D-370 (visitado el 10 de mayo de 2017), p.2: “*que acudir a la auditoría y certificación del modelo de prevención que se tiene implantado en la empresa por parte de un tercero independiente resulta, sin lugar a dudas, y utilizando las palabras de la propia Ley, “una medida precisa para la buena dirección y el control de la sociedad”*”. Cuenta el autor acertadamente que una compañía que cuenta con un modelo de prevención penal, pueda acreditar que dicho modelo está certificado periódicamente por un tercero independiente. Esto, según el autor, reforzará el compromiso de la compañía con el establecimiento de una cultura de cumplimiento.

¹⁵ *Ibíd.* En primer lugar, observa la autora que las certificaciones están en manos de empresas privadas, algunas de las cuales comparten intereses comerciales con las entidades certificadas. En segundo lugar, no hay establecido un procedimiento de certificación estandarizado (entendiendo que la ISO 19600 no es certificable). En tercer y último lugar, la existencia de la escasa jurisprudencia respecto al asunto en cuestión, que impide conocer la posición de la fiscalía y de la judicatura sobre el valor de las certificaciones.

art. 529 ter LSC En dicho artículo, encontramos las obligaciones que son competencia del Consejo de Administración, en relación con el cumplimiento normativo¹⁶.

El liderazgo y compromiso con la función de *compliance*, puede demostrarse cumpliendo las directrices de la ISO 19600¹⁷. Abia González y Dorado Herranz, en aplicación de esta norma, entienden que se tienen que defender los valores éticos de la empresa; que debe haber una política y objetivos de *compliance* que sean compatibles con la dirección estratégica de la empresa; que se deben desarrollar e implementar, gracias a los recursos necesarios, las políticas y procedimientos para alcanzar los objetivos del *compliance*; y que el sistema de gestión y organización de *compliance* alcance los objetivos previstos, para así mejorar el sistema¹⁸. En el caso de la UNE 19601 de *compliance* penal, se recoge en el capítulo 5 las conductas del órgano de gobierno¹⁹, del órgano de *compliance* penal²⁰ y de la alta dirección²¹. Todo acorde con un documento de suma importancia que aprueba el órgano de gobierno, que es la política de *compliance* penal.

El último criterio de valoración corresponde a la reacción y actuación de la persona jurídica tras la comisión del ilícito. Estas han de ser evaluadas por la Fiscalía. Así pues, la adopción de las medidas disciplinarias contra los responsables, la neutralización de su

¹⁶ 1) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales; 2) La supervisión de los sistemas internos de información y control; 3) La determinación de la política de Gobierno Corporativo; 4) La determinación de la organización y funcionamiento del Consejo; y 5) La aprobación y modificación del reglamento interno del Consejo.

¹⁷ BAJO ALBARRACÍN, JUAN CARLOS, *Auditoría de sistemas*, op.cit, p.113. El autor recoge el contenido del ISO 19600 del proceso de auditoría en el apartado de “liderazgo y compromiso”. En dicho procedimiento se comprobará: la existencia de la política de *compliance*, su contenido, adecuación a la organización y sus objetivos, así como, adecuación a los requisitos de la norma ISO 19600; Publicación de la política *compliance*; conocimiento por parte de los miembros de la organización de la política *compliance*; conocimiento de la política por parte interesadas; existencia de recursos financieros para el desarrollo de la función *compliance*.

¹⁸ ABIA GONZÁLEZ, R y DORADO HERRANZ, G, *Implantación práctica de un sistema de cumplimiento-compliance management system*. Ed. Aranzadi, Navarra, p.40

¹⁹ JUANES PECES, A, *Compliance penal*. Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2017, p.223. Conductas, basadas, según la UNE 19601, basadas en un liderazgo desde el ejemplo, adoptando, implementando, manteniendo y mejorando continuamente un sistema de gestión de compliance penal, aprobando la política de compliance y el resto del sistema que le brinda soporte, designando el órgano con poderes autónomos para operarlo, dotándole de recursos, asegurando que se concretan los procedimientos de la formación de la voluntad, etc.

²⁰ JUANES PECES, A, op.cit, pp.223-225. Hablamos de un órgano unipersonal, de nueva creación, o existente. Tiene capacidades de supervisión, pero no de decisión. Se espera de él de que opere con diligencia el sistema de gestión de compliance penal, informando al órgano de gobierno y a la alta dirección. Su autonomía se debe a su capacidad de operar por iniciativa propia

²¹ JUANES PECES, A, op.cit, p.225. Por parte de la alta dirección, debe cumplir con los requisitos de *compliance* penal, para difundir una cultura y ética adecuada.

conducta, la comunicación a las autoridades pertinentes²² o la revisión del programa para detectar fallos que han permitido la comisión de los delitos, son una prueba del compromiso de los directivos con el programa *compliance*²³.

2. Introducción al proceso penal de las personas jurídicas. La carga de la prueba.

En el proceso penal, la fase de la práctica de la prueba sirve para formar la conciencia del Juez, una vez practicadas las pruebas y las razones expuestas por la acusación y la defensa (art. 741 LECrim). En otras palabras, o bien se determina la culpabilidad del investigado por quedar acreditado el hecho típico enjuiciado, o bien se le absuelve por no acreditado dicha ilicitud.

Existen dos principios en los que se ampara el investigado y que no deben confundirse: el de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*. El principio de presunción de inocencia que es un derecho fundamental, en virtud del art. 24.2 CE, es aplicable a los procesos penales. Se entiende por este principio, que el investigado es considerado inocente mientras no exista alguna prueba fundamental que considere lo contrario. El principio *in dubio pro reo* consiste, por otro lado, en actuar como elemento de valoración de las pruebas ya practicadas. En el caso en que exista duda razonable en las mismas, se absuelve al investigado.

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, hay una serie de pasos o medidas que permiten que un programa de *compliance* sea eficaz e idónea para la organización empresarial. Tal idoneidad puede permitir que la empresa sea más competitiva, es decir, resocializada en los valores de la cultura empresarial. Ahora bien, donde realmente se debe probar la eficacia del programa implementado es en el proceso penal ante la investigación de una persona jurídica.

²² GIMENO BEVIÀ, J, *Compliance y proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECrim, Circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p.287

²³ AYALA DE LA TORRE, JOSÉ MARÍA, *Compliance*, *op.cit*, p.108

Una cuestión que ha suscitado dudas durante este tiempo a la doctrina es, a quién le corresponde la carga de la prueba. Gómez-Jara Díez entiende que la cuestión no es sencilla al verse entremezclado intereses político-criminales y garantistas, pues de un lado, cabe la posibilidad de que la acusación emplee una prueba “diabólica”²⁴, y por otro, que se vulnere el principio de presunción de inocencia²⁵.

3. Perspectiva de la Fiscalía General del Estado

El criterio de la FGE es, que entiende que la carga de la prueba es trasladable a la persona jurídica para demostrar que el modelo de *compliance* es eficaz e idóneo²⁶ para así, exonerar total o parcialmente de responsabilidad. Sin embargo, la FGE matiza dicho criterio al decir que no acepta que la persona jurídica se vea obligada a probar su adecuado sistema de organización porque representaría una inversión de la carga de la prueba²⁷.

Ahora bien, entiende que si “*el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, esto será lo único que deba probar la acusación*”²⁸.

Resalta la FGE que los modelos de *compliance* son una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas del apartado a) con mayor responsabilidad. Por lo tanto concluye que “*será la persona jurídica la que deberá acreditar que tales programas eran eficaces para prevenir el delito*”²⁹ (...) *acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a*

²⁴ GÓMEZ TOMILLO, M, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016, ponente José Manuel Maza Martín”, en *LA LEY* (nº8747) de 22 de abril de 2016, p.6. En contra de la posición de Gómez-Jara Díez, entiende Gómez Tomillo, que en la práctica, no resulta factible que recaiga sobre la acusación la *probatio diabólica* de un elemento negativo: la ausencia de una organización defectuosa. Sostiene, citando a Víctor Gómez Martín, que la *probatio diabólica* estaría presente si se exigiera a la defensa acreditar que no hubo defecto de organización.

²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M, FEIJOO SÁNCHEZ, B y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el código penal* (2ª edición), Aranzadi, Navarra, 2016, p.216

²⁶ *Vid.* Circular 1/2016 de la FGE, *op.cit.*, p.56

²⁷ *Vid.* Circular 1/2016 de la FGE, *op.cit.*, p.10

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

*la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1*³⁰.

Entiende la FGE a través de su Circular 1/2016, “*que la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio*”³¹. No hay duda de que la propia empresa cuenta con los medios posibles para acreditar que su programa era eficaz y que cumplía con los parámetros exigibles en el CP, a pesar de la comisión del delito, que deberá ser probado por la acusación cuando concurran las circunstancias del art. 31 bis 1 CP.

4. Perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La FGE, sin hacer caso de lo expuesto en el preámbulo de la LO 1/2015, consideró que los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa exculpatoria siguiendo la lógica del modelo vicarial³². Según el criterio del TS, la interpretación del FGE puede implicar una grave vulneración de la presunción de inocencia, debido a la inversión de la carga de la prueba³³. Es por ello, que el TS cuando se pronunció por primera vez sobre la RPPJ, se refirió a esta cuestión.

³⁰ Ibídem

³¹ Ibídem

³² Ibídem.

³³ GÓMEZ TOMILLO, M, *La responsabilidad penal, op.cit.*, pp.6-7. El autor defiende con rotundidad, que no es posible que haya vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por el hecho de trasladar a la persona jurídica acusada, la carga de la prueba de elementos que sirven para excluir su responsabilidad, permaneciendo en manos de la acusación, la carga de acreditar la comisión del delito y su conexión con la empresa. Para llegar a esa conclusión, Gómez Tomillo se ha basado en cuatro ideas: 1) que la *probatio diabolica* existiría si se exigiera a la defensa acreditar que no hubo defecto de organización. Sin embargo, el problema decae cuando se requiere que la defensa acredite que hubo una organización diligente o no defectuosa, por ejemplo, mediante la presentación del correspondiente programa de cumplimiento, certificado por empresas externas, u organismos públicos; 2) Los elementos que excluyen la culpabilidad, deben ser alegados por quien lo alega; 3) puesto que es la empresa la que tiene la información precisa para acreditarlo: el *compliance program*, la información sobre a quien se nombró oficial de cumplimiento, la existencia de actualizaciones de dicho programa, quien era el encargado de llevar a cabo determinada tarea, por qué razones se le nombró, con qué criterios, etc; 4) El punto de vista defendido, se encuentra en la línea con lo que es muy frecuente en el derecho comparado (por ejemplo, las *due diligence*, o el modelo italiano) sin que allí se cuestione la vulneración de garantías fundamentales.

La STS nº154/2016, de 29 de febrero, considera discutible el carácter de “excusa exculpatória” *“si tenemos en cuenta que una “excusa exculpatória” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción”*³⁴. Además, la Sentencia entiende que derechos constitucionales, como la presunción de inocencia, *“ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal”*³⁵. El Voto Particular, sin embargo, apuesta por un modelo cercano al vicarial en contraposición del modelo directo que defiende el Alto Tribunal³⁶. Esto constituye, a juicio de los Magistrados discrepantes, que la circunstancia del eximente de responsabilidad recae en la persona jurídica³⁷. Así que, según los diversos extractos del fundamento jurídico octavo, correspondería a la acusación acreditar la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos³⁸.

En la STS nº221/2016, de 16 de marzo, se evita decantarse por el modelo vicarial o de autorresponsabilidad, pero sí es directo respecto a la cuestión de quién debe probar que el programa de *compliance* era idóneo o no cuando se cometieron los hechos. Primero, concluye *“que la persona jurídica es titular del derecho de presunción de inocencia”*³⁹. Esta sentencia va más allá de lo que fue la anterior al manifestar que *“el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide*

³⁴ Vid. STS, 154/2016 de la Sala Segunda de lo Penal, de 29 de febrero, FJ 8º

³⁵ Ibídem.

³⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, p.89. Considera el autor, que si no se hiciera recaer en la acusación parte de la prueba, respecto del hecho propio de la persona jurídica, y sólo tuviera que probar el hecho propio de la persona física, se estaría en presencia de un modelo de dudoso anclaje con la jurisprudencia constitucional y ordinaria respecto del núcleo de la responsabilidad penal.

³⁷ Como señala la FGE en la pág 56 de su Circular: *“ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que posea un adecuado modelo de organización y gestión*.

³⁸ Respecto a esta posición, JIMÉNEZ SEGADO, C, *“¿Corresponde a la persona probar que ha adoptado programas de cumplimiento de prevención delictiva (compliance programs) para eximirse de responsabilidad penal o dicha prueba corresponde a la acusación?”, en la ley digital 360, nº119, Sección Consulta de los suscriptores, Marzo-Abril, 2016 (consultado el día 20 de abril de 2017), p.2*

³⁹ Vid. STS nº221/2016, de 16 de marzo, de la Sala Segunda de lo Penal (ROJ 2016, 824), FJ 5º

*nuestro sistema constitucional*⁴⁰. *Habrà de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y el fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo*⁴¹, *por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda la persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015*⁴².

Vemos que el TS no se pronuncia sobre la naturaleza de la exención, pero considera que las personas jurídicas no pueden tener la carga de probar que no existía defecto en el modelo de gestión y organización implantado, sino que le corresponde a la acusación acreditarlo: *“La Sala no puede identificarse (...) con la tesis, de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido defecto organizativo. (...) Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia”*⁴³. Concluye el Alto Tribunal que *“la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión”*⁴⁴.

5. La propuesta de Carlos Gómez-Jara Díez

⁴⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *El Tribunal Supremo, op.cit.*, p.89. El autor considera que el hecho de que la acusación sólo tuviera la carga de la prueba sobre el hecho de la persona física, se estaría en presencia de un modelo dudoso ante la jurisprudencia constitucional y ordinaria respecto del núcleo de la responsabilidad penal.

⁴¹ Se dice en el FJ 5º que el Fiscal, no sólo ha de probar el delito de la persona física, sino también el delito corporativo por haber ausencia de control. Esto significa, que sí se considera el debido control como elemento del tipo.

⁴² Vid. STS nº221/2016, de 16 de marzo, de la Sala Segunda de lo Penal (ROJ 016, 824), FJ 5º B)

⁴³ Vid. STS nº221/2016, de 16 de marzo, de la Sala Segunda de lo Penal (ROJ 2016, 824), FJ 5º

⁴⁴ Ibídem. Respecto al tema en cuestión, PASCUAL CADENA, A, *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*. Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p.168. Del análisis que el autor hace de la Sentencia, interpreta que *“El defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, por lo que la vigencia del derecho de presunción de inocencia, impone que el Fiscal debe acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión”*.

Entre las posiciones de la FGE y del TS, existe otra posición una que podríamos calificar de “alternativa”. A pesar de lo que se indique en la STS nº154/2016, de 29 de febrero, el Voto Particular se fundamenta en la idea de que la ausencia de la cultura de cumplimiento no puede ser probado por la acusación⁴⁵. Puesto que de ser así, puede constituir la *probatio diabólica* al probar un elemento negativo⁴⁶. Dicho suceso resultaría ilógico, porque “*resulta artificial trasladar a la acusación la carga de probar lo que se encuentra fácilmente a disposición de la persona jurídica*”⁴⁷. Es decir, toda cuestión sobre la cultura de cumplimiento pertenece a la culpabilidad, pero la carga de la prueba la tiene la defensa.

En este aspecto, Gómez-Jara Díez interpreta que tanto la acusación, como la defensa, tienen la carga sobre alguna parte del hecho propio de la persona jurídica⁴⁸. En pocas palabras, la intención es incorporar a las personas jurídicas al mismo régimen probatorio de las personas físicas⁴⁹, no un “*modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas*”⁵⁰. Permitiéndose un mismo régimen probatorio para las personas físicas y jurídicas, Gómez-Jara Díez propone una alternativa en la que se permita diferenciar cuando tiene la acusación y la defensa la carga de la prueba.

Sugiere, en primer lugar, distinguir entre medidas de control sobre los hechos concretos y el delito concreto por el que se imputa, y el funcionamiento del sistema *compliance* y el modelo organizativo y de gestión de delitos⁵¹. En segundo lugar, plantea que la carga de la prueba recaiga en la acusación, respecto la inidoneidad de las medidas de control sobre el delito concreto imputable a la persona jurídica⁵². En último lugar, ante la

⁴⁵ Vid. STS nº154/2016, de la Sala Segunda de lo Penal, de 29 de febrero. Voto Particular FJ 1º

⁴⁶ Vid. Circular 1/2016, *op.cit.*, p.57: “*conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido; 1 de marzo de 2007, Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Brnahm contra Reino Unido; SSTC nº137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS nº 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio)*”

⁴⁷ GÓMEZ TOMILLO, M, *La responsabilidad penal*, *op.cit.*, p.6

⁴⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *El Tribunal Supremo*, *op.cit.*, p.87

⁴⁹ MAGRO SERVET, V, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*. Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p.209

⁵⁰ Vid. STS nº154/2016, de la Sala Segunda de lo Penal, de 29 de febrero. Voto Particular FJ 3º

⁵¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *El Tribunal Supremo*, *op.cit.*, p.89

⁵² MAGRO SERVET, V, *Guía práctica*, *op.cit.*, p.216. Según el autor, cuando la Fiscalía debe demostrar que la empresa no cuenta con un modelo de cumplimiento eficaz e idóneo, debe fijarse, en primer lugar, en la expresión de la cultura de cumplimiento; en segundo lugar, que una mera certificación de la existencia de programa no es suficiente; en tercer lugar, en la importancia de que haya sido la empresa la

inidoneidad de las medidas concretas de vigilancia y control del delito concreto⁵³, imputable a la persona jurídica, será ésta quien ostente la carga de la prueba y demuestre que en el momento de los hechos, contaba con un modelo idóneo (presentando el plan de *compliance*⁵⁴ y en qué momento probar la eficacia de la misma)⁵⁵, capaz de eximir de responsabilidad a la persona jurídica⁵⁶.

Esta alternativa, es también, según el autor, “reconciliadora” con algunas pautas de la Circular1/2016 de la FGE (la falta de cultura de cumplimiento y la determinación de la existencia de la misma)⁵⁷, que según él, “*permiten realizar una interpretación*

que detectó el delito; y en cuarto lugar, evaluación de conductas llevadas a cabo por la empresa tras el delito.

⁵³ MAGRO SERVET, V, *Guia práctica, op.cit.*, p.167. Para el autor, la comisión de un delito no demuestra que el plan de cumplimiento sea ineficaz. Citando a la Circular 1/2016, nos dice que un modelo de cumplimiento no puede descalificarse automáticamente por ello. El delito no invalida necesariamente el programa de *compliance* que ha sido diseñado e implementado adecuadamente sin tener eficacia absoluta.

⁵⁴ VELASCO NUÑEZ, E y SAURA ALBERDI, B, *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p.76. Al no haber ninguna disposición legal que exija la presentación de la misma, será la estrategia de la defensa la que decida si se aporta o no al Juez y en qué momento. En el caso de que el Juez lo haya obtenido previamente a la declaración como investigado, al conformar el modelo de prevención penal parte sustantiva del contenido del núcleo del derecho de defensa, consideran los autores, que de conformidad con lo estipulado en el art. 118 LECrim, se podrá pedir al Juez, si a su estrategia conviene, que no lo incorpore a la causa, tal como ocurriría en el caso de una interceptación telefónica causal en la que el Abogado le explica a su cliente su estrategia de defensa. Por otro lado, la otra opción que presentan los autores, es que nada impide que se aporte voluntariamente al proceso para que en la sentencia, en su caso, se pueda apreciar la concurrencia de la eximente (artículo 31 bis 2-5 CP), la eximente incompleta (artículo 31 bis 2 y 4 *in fine* y 21.7 CP) o la atenuante de establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro puedan cometerse del artículo 31 quáter d) CP; MAGRO SERVET, V, *Guia práctica, op.cit.*, p.139. Incluso si el plan de *compliance*, lo acompaña con el certificado realizado por un tercero, que ha validado la corrección del programa, es según para el autor, “*prueba bastante para acreditarlo en el juicio en el caso de que se derive responsabilidad penal*”.

⁵⁵ GOENA VIVES, B, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons, Madrid y otros, 2017, p.367. De acuerdo con el art. 31 quáter d) CP, la adopción de un modelo eficaz posterior a la comisión de un ilícito puede tener efectos atenuatorios, si se presenta antes del juicio oral. El problema viene, cuando en el art. 31 bis CP, el legislador no señala el momento procesal en el que debe probarse la existencia del programa con el que contaba la empresa antes de la comisión del delito. Antes esta problemática de carácter procesal, concluye la autora, que la acreditación de la existencia, tanto de un sistema de prevención penal previo al delito, como el del programa adoptado con posterioridad al delito, deberá hacerse antes de la vista del juicio oral. Aunque el art. 31 bis no sea explícito indicando en que momento procesal se debe presentar el programa de prevención previo, entiende la autora que se debe extender el requisito del art. 31 quáter, de que sea con anterioridad a la apertura del juicio oral.

⁵⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *El Tribunal Supremo, op.cit.*, pp.90-91

⁵⁷ Vid. Circular 1/2016, *op.cit.*, pp.54, y ss.: Los Sres. Fiscales “*deberán solicitar la exención de la pena de la persona jurídica, al evidenciarse no sólo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo*”; (pág. 63): 19ª. 2.: “*El objeto de los modelos de organización y gestión no es sólo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Los Sres. Fiscales analizarán si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales*”;

*compatible con el fundamento de la RPPJ establecido por el Pleno de la Sala II*⁵⁸. Es decir, que la Circular 1/2016 de la FGE y el Pleno de la Sala Segunda, coinciden en darle un valor importantísimo a la cultura de cumplimiento⁵⁹.

6. Conclusión

Los términos “eficacia” e “idoneidad” son objetivos que la empresa debe alcanzar para eximirse de responsabilidad ante un posible delito, especialmente económico, dentro de aquellos que pertenezcan a los delitos *numerus clausus*. Según si se considera que se cumple con los requisitos del art. 31 bis 5 CP (que son relacionados con los apartados que se recogen en la UNE 19601 de *compliance penal* y la de la ISO 19600, con la que constituir una sólida estructura compartida de *compliance*) para alcanzar la eficacia e idoneidad del programa de *compliance*, será en el juicio penal en el que se probará si es eficaz o no. Es decir, se ejercerá la carga de la prueba, sea de la defensa o de la acusación. Y esa carga de la prueba tendrá las mismas garantías probatorias que la de las personas físicas, con lo cual, implica no regular un modelo probatorio excepcional para las personas jurídicas.

7. Bibliografía

Obras generales

(pág. 64) 19ª.6: “Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de la pena de la persona jurídica, al evidenciarse no sólo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento normativo”

⁵⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *El Tribunal Supremo*, op.cit, p.92

⁵⁹ Vid. STS nº154/2016, de la Sala Segunda de lo Penal, de 29 de febrero, FJ 8º.4 B): “No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “cultura ética empresarial” o “cultura corporativa de respeto a la Ley (pág 39), “cultura de cumplimiento” (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP

- ABIA GONZÁLEZ, R y DORADO HERRANZ, G; *Implantación práctica de un sistema de cumplimiento-compliance management system*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2017
- ALEXANDRE GONZÁLEZ, J, “El papel de la certificación en los modelos de prevención penal”, en *Diario La Ley*, nº8848, Sección tribuna, 21 de octubre de 2016, Ref. D-370 (visitado el 10 de mayo de 2017)
- AYALA DE LA TORRE, JOSÉ MARÍA; *Compliance. Claves prácticas*. Ed. Lefebvre-El Derecho, S.A, Madrid, 2016
- BAJO ALBARRACÍN, JUAN CARLOS; *Auditoría de sistemas de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2017
- BAJO FERNÁNDEZ, M, FEIJOO SÁNCHEZ, B y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C; *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. Aranzadi, Navarra, 2016.
- DEL ROSAL, P, “Publicada la UNE 19601, la certificación del “compliance”, en www.eleconomista.es (visitado el 21 de mayo de 2017)
- GIMENO BEVIÁ, J, *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECrim, Circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.
- GOENA VIVES, B; *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons, Madrid y otros, 2017
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2017.
- GÓMEZ TOMILLO, M; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016, ponente José Manuel Maza Martín” en *LA LEY* (nº8747) de 22 de abril de 2016, pp.1-13 del PDF
- JIMÉNEZ SEGADO, C, “¿Corresponde a la persona probar que ha adoptado programas de cumplimiento de prevención delictiva (compliance programs) para eximirse de responsabilidad penal o dicha prueba corresponde a la acusación?, en *la ley digital 360*, nº119, Sección Consulta de los suscriptores, Marzo-Abril, 2016 (consultado el día 20 de abril de 2017), p.2
- JUANES PECES, A, *Compliance penal*. Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2017

- MAGRO SERVET, V, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*. Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- NEIRA, ANA MARÍA, “La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal” en *www.politicacriminal.cl*, Vol. 11, nº22 (Diciembre de 2016), pp. 467-520
- PASCUAL CADENA, A; *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*. Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016
- ROMÁN, S, “Modelo de gestión de riesgos para la prevención de delitos de AENOR”, en *www.webantigua.transparencia.org.es* (consultado el 3 de mayo de 2017)
- VELASCO NUÑEZ /SAURA ALBERDI; *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

Sentencias

- STS, 154/2016, de 29 de febrero, de la Sala Segunda de lo Penal (ROJ 613/2016)
- STS nº221/2016, de 16 de marzo, de la Sala Segunda de lo Penal (ROJ 2016, 824)

Enlaces

- www.aenor.es
- www.ampellconsultores.com

